



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D. C., cuatro (04) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Radicación:** 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)

**Demandante:** Rosalba Cordero Villalobos

**Demandado:** E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar

**Temas:** Pago de auxilio por incapacidad con cargo al empleador por incumplimiento en el pago de aportes a seguridad social en salud. Primacía del derecho sustancial. Incapacidades médicas por enfermedad común.

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

---

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de diciembre del 2015, por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

### **1. Antecedentes**

#### **1.1. La demanda**

##### **1.1.1. Las pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Rosalba Cordero formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso – administrativo, en orden a que se declare la nulidad de los Oficios del 9 y 16 de abril de 2013, expedidos por la E.S.E. Hospital Francisco



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Canossa, por medio de los cuales se negó el pago de salarios y prestaciones sociales causados entre el mes de agosto de 2010 y septiembre del año 2013.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) que se ordene el pago de: (a) \$ 45.325.624, por concepto de salarios [sic] causados entre el 1 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2013; (b) \$ 21.943.918 con ocasión de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación [sic], calzado y vestido de labor, vacaciones y subsidio familiar correspondiente al mismo periodo; (ii) disponer el pago de los aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales generados entre el 6 de agosto de 2010 y el 12 de julio de 2012 [sic]; (iii) imponer el pago de \$ 1.518.095 en razón del daño emergente configurado a partir de los gastos en que debió incurrir la demandante por el no pago de los salarios y prestaciones sociales.

Además, pidió: (iv) declarar que no ha existido solución de continuidad «en la prestación del servicio por parte de la demandante»; (v) conminar a la parte demandada al pago de 100 S.M.L.M.V. a título de daños morales por el estrés causado a partir del no pago de salarios; (vi) pagar los intereses previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; (vii) cumplir el fallo dictado dentro del presente asunto en los términos del C.P.A.C.A. [sic]; (viii) reajustar el valor de la condena de conformidad con el índice de precios al consumidor; y (ix) condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

### **1.1.2. Hechos**

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló los siguientes:

i) El 9 de febrero de 1999, según la Resolución 062 y el acta de posesión número 21 de la misma fecha, la señora Rosalba Cordero Villalobos se vinculó a la E.S.E Hospital Francisco Canossa del municipio de Pelaya, en el departamento del Cesar, en calidad de auxiliar de enfermería; para el momento de la interposición de la presente demanda<sup>1</sup> el salario promedio de ese cargo era de \$ 1.275.552.

<sup>1</sup> 04 de octubre de 2013, según acta de reparto en folio 262.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

ii) Desde el 15 de febrero del año 2010, la accionante padece una serie de enfermedades de origen común denominadas lumbalgia crónica, síndrome miofascial, fibromialgia y arritmia no especificada, que le han generado sucesivas incapacidades médicas; a raíz de los anteriores acontecimientos, el 12 de julio de 2012, la Junta de Calificación de Invalidez del Cesar y la Guajira dictaminó, por medio de Resolución 2830, una pérdida de la capacidad laboral del 51 %, disminución estructurada, según el documento, desde el 6 de agosto del año 2010.

iii) Entre el 6 de agosto de 2010 y el 12 de julio de 2012, la demandada no ha realizado los correspondientes pagos por concepto de salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales [sic]; además, desde el mes de julio de 2011, la demandante se encuentra desvinculada del sistema de seguridad social en salud, razón por la que ha tenido que asumir los costos de los gastos clínicos y de transporte para dirigirse a citas médicas. Para el momento de radicación del presente medio de control no había sido notificada de acto administrativo alguno de desvinculación laboral de la E.S.E Hospital Francisco Canossa ni de acto de reconocimiento de la pensión de invalidez.

iv) A pesar de que la demandante no lo relató como hecho relevante, la Sala considera oportuno indicar que en sede administrativa se elevaron una serie de peticiones tendientes al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales que dieron origen a los oficios cuestionados, en los que se negó lo pretendido por la señora Rosalba Cordero. Tales documentos serán relacionados detalladamente en el acápite de hechos probados.

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

En el escrito inicial de la demanda se invocaron como violados los artículos 1, 2, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de 1991; la Ley 100 de 1993; los artículos 25, 40 y 45, literales c y d, del Decreto 1045 de 1978; y 11 del Decreto 3135 [de 1968]. En desarrollo del concepto de la violación, la parte demandante expuso los siguientes argumentos:

i) La Constitución Política de 1991 protege de forma especial el derecho al trabajo y el desempeño de actividades para la producción de bienes y servicios, razón por la que la demandante tiene derecho a que se le paguen todas las prestaciones



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

sociales de ley, como cesantías, primas de navidad, vacaciones y servicios, afiliación al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales.

ii) La entidad accionada violó el derecho fundamental a la igualdad, en tanto a los demás funcionarios que laboraban en la E.S.E. Hospital Francisco Canossa y que cumplen con las mismas funciones y horarios se les pagaron todas las prestaciones sociales a que tenían derecho y no se les desafilió del régimen de seguridad social en salud. La señora Rosalba Cordero se vio en la necesidad de sufragar todos los gastos necesarios para afrontar su situación médica.

iii) Los patronos están en la obligación de consignar el auxilio de cesantías a más tardar el día 15 de febrero de cada año, deber incumplido por el Hospital Francisco Canossa que no ha desvinculado del empleo a la demandante, pero tampoco ha realizado los respectivos pagos.

iv) La entidad demandada se ha sustraído del pago de las primas de vacaciones, navidad y servicio y desconoció el Decreto 1703 del año 2002, relacionado con las circunstancias para desvincular del sistema de seguridad social a un trabajador dependiente, pues la retiró del sistema sin que mediara acto administrativo de desvinculación de la entidad.

## **1.2. Contestación de la demanda**

La entonces representante legal de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, otorgó poder judicial debidamente conferido a la abogada Dubys Baldovino Arrieta, de acuerdo con los documentos vistos en los folios 324 al 329 del expediente, pero no se aportó contestación de la demanda.

## **1.3 El trámite en la primera instancia**

La presente demanda fue interpuesta, inicialmente, en contra de la E.S.E Hospital Francisco Canossa y de la E.P.S. Salud Vida con el propósito de que, además del pago de salarios y prestaciones sociales, con cargo al empleador, se reconociera, paralelamente y en cabeza de la promotora de salud, el pago del auxilio por las incapacidades médicas que le fueron concedidas a la accionante.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Sin embargo, en auto del 20 de marzo de 2014,<sup>2</sup> el Tribunal Administrativo del Cesar inadmitió el presente medio de control, pues consideró configurada una indebida acumulación de pretensiones, al advertir que las controversias relacionadas con el pago del auxilio por incapacidades médicas son ajenas a las competencias del juez contencioso-administrativo y, de acuerdo con el artículo 622 de la Ley 1564 del 2012, que modificó el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, hacen parte de la órbita jurisdiccional ordinaria laboral.

En virtud de lo anterior, se ordenó a la parte demandante adecuar el contenido de la demanda, requerimiento que no fue cuestionado por la interesada y, por el contrario, se acató por medio de memorial del 1 de abril de 2014,<sup>3</sup> en donde se excluyó a la E.P.S. Salud Vida como parte demandada y se retiraron las pretensiones relacionadas con el pago del auxilio por incapacidades médicas para, de ese modo, proponer, únicamente, las relativas a los emolumentos salariales y prestacionales frente a la E.S.E Hospital Francisco Canossa, que fueron descritas previamente.

### **1.3.1. La fijación del litigio**

En la audiencia inicial celebrada el 27 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo del Cesar fijó el litigio de la demanda del siguiente modo:<sup>4</sup>

En primer lugar, establecer si son nulos o no los actos administrativos contenidos en los oficios de la fecha 9 y 16 de abril del 2013, expedidos por la Gerencia de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya – Cesar, por medio de los cuales se negó el pago de los sueldos y las prestaciones sociales adeudadas a la demandante.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá establecer, si la demandante tiene derecho a que se le cancelen los sueldos adeudados en los periodos de agosto a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, enero a diciembre de 2012 y enero a septiembre de 2012, así como las prestaciones sociales tales como: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación, calzado y vestido de labor, vacaciones y subsidio familiar. De igual forma, se deberá determinar si le asiste el derecho a que

<sup>2</sup> Folios 269 al 271.

<sup>3</sup> Folios 273 al 277.

<sup>4</sup> Transcripción en folios 330 al 334 y CD en folio 335.



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

la entidad accionada, le cancele el daño material, en la modalidad de daño emergente, por las facturas que la actora tuvo que cancelar, en razón al no pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales, debidamente indexado, además si existió solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la demandante.

Asimismo, si tiene derecho al pago del daño moral ocasionado, por el estrés causado por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales, durante el tiempo que duró la incapacidad y hasta la fecha, al pago de los intereses de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 del 2011, a la actualización de los valores a que sea condenada la entidad accionada y por último, al pago de costas y agencias en derecho.

Posteriormente, el magistrado conductor de la diligencia cuestionó a las partes sobre los términos de la fijación del litigio, frente a lo cual manifestaron estar de acuerdo, es decir, que no se manifestó inconformismo alguno.

### **1.3.2. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues declaró la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, aunque solo en relación con el pago de los aportes a seguridad social en salud y pensión y ordenó el pago de tales conceptos por los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, pero negó lo relativo al pago de salarios; las razones de la anterior decisión fueron las siguientes:<sup>5</sup>

i) El Tribunal Administrativo del Cesar señaló que el auxilio por incapacidades médicas debe ser pagado, durante los primeros 3 días, por el empleador, mientras que del día número 4 al 180 es la Empresa Promotora de Salud la encargada de asumir dicho costo, al paso que, del día 181 en adelante, hasta 180 días más, el pago debe ser realizado por el fondo de pensiones hasta tanto se efectúe el dictamen de pérdida de capacidad laboral y que, además, con fundamento en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, tendrá que asumir la carga de reconocer una pensión de invalidez en caso de determinarse que tal disminución supere el 50 %.

---

<sup>5</sup> Folios 359 al 376.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

ii) De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, la señora Rosalba Cordero fue vinculada al Hospital Francisco Canossa el 9 de febrero de 1999; entre el 7 de marzo de 2010 y el 10 de enero de 2012 le fueron concedidas una serie de incapacidades médicas que superan, con creces, los 180 días. Seguidamente, la Junta de Calificación de Invalidez del Cesar determinó que la demandante tenía una disminución de sus capacidades laborales de un 51 %, con ocasión de una serie de padecimientos que fueron catalogados como de origen común.

iii) Debido a que las enfermedades padecidas por la accionante son de origen común, el pago de los aportes de salud y pensión deben ser sufragados por el empleador hasta tanto finalice la relación laboral, toda vez que la aseguradora de riesgos laborales solo debe asumir tal responsabilidad en caso de que los padecimientos que causen la incapacidad sean de origen profesional. De acuerdo con lo anterior, el auxilio por «incapacidad por riesgo común la paga la E.P.S. y la incapacidad por riesgo profesional la paga la A.R.P.» [sic].

iv) En los casos en los que un trabajador es titular de una incapacidad médica el «“sueldo” [incapacidad]» debe ser pagado o bien por la A.R.P. o bien por la E.P.S., según sea el origen de la afectación de salud, mientras que las cotizaciones a salud y pensión deben ser asumidas por el empleado [sic], indistintamente del origen de los padecimientos; por su parte, el empleador solo está obligado al pago de tales aportes «si se trata de riesgo común. Con respecto a los riesgos profesionales no hay lugar a su pago, por cuanto el trabajador no está sometido a ningún riesgo laboral debido a que no está trabajando por estar incapacitado».

v) Cuando una persona está incapacitada, el salario lo constituye el pago de la incapacidad que debe efectuar la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado el trabajador, razón por la que no puede la actora reclamarlos a su empleador, es decir al hospital accionado. En ese sentido, las obligaciones de ambos extremos laborales en casos de incapacidades de origen común solo se predicen del pago de los aportes a seguridad social; en relación con lo anterior, al proceso se aportó el Oficio del 4 de marzo de 2013, expedido por la E.P.S. Salud Vida, en donde se informa que la demandante fue suspendida del sistema de salud durante los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, por falta de pago.

vi) Durante los meses citados, la señora Cordero Villalobos se encontraba



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

incapacitada por las enfermedades de origen común que padece, lo que quiere decir que le asistía a su empleador el deber de pago de los aportes a seguridad social en salud y pensión. Debido a que las pruebas solo dan cuenta de la falta de pago de los meses de julio a octubre de 2011, es sobre ese lapso que se emitirán las respectivas órdenes.

vii) Finalmente, no se accedió a las pretensiones del daño emergente y del daño moral porque, frente a la primera si bien se aportaron facturas de consultas médicas y medicamentos no se logró demostrar que ello tuviera relación con las circunstancias que dieron origen a la presente demanda, mientras que en cuanto a la segunda tampoco se anexaron pruebas que demuestren que la demandante padeció sufrimiento o estrés por los hechos narrados.

#### **1.4. El recurso de apelación**

Por medio de memorial del 22 de enero de 2016, la señora Rosalba Cordero Villalobos interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de acuerdo con las razones que pasan a enumerarse<sup>6</sup>:

i) El Tribunal Administrativo del Cesar no realizó un estudio detallado de los hechos, las pruebas y las pretensiones del medio de control, pues solo se pronunció sobre los aportes al Sistema de Seguridad Social, pero nada dijo sobre la solicitud de reconocimiento de los salarios dejados de pagar entre agosto de 2010 y septiembre de 2013.

ii) El *a quo* desconoció el conflicto existente entre la administradora de riesgos profesionales [sic], la empresa promotora de salud y la entidad demandada, respecto de quién es la facultada para realizar los pagos correspondientes a salarios o el auxilio de incapacidades médicas. Tampoco se tuvieron en cuenta los oficios de los folios 28, 29, 52, 53, 54 y 100, en los que se observa que el gerente de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa le informa a la gerente de Positiva Compañía de Seguros que «no asumirá el pago de los aportes a salud y pensión de la incapacitada».

---

<sup>6</sup> Folios 381 al 384.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

iii) Dentro del expediente no existe prueba de la desvinculación de la actora del cargo que desempeñaba en la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, lo que quiere decir que su relación laboral se encontraba vigente; aun así, tampoco existe prueba de que la entidad demandada haya realizado el pago de salarios.

iv) En cuanto al pago de daños morales y materiales, no se tuvieron en cuenta los oficios en los que la actora solicita la prestación de los servicios médicos, hasta el punto de tener que recurrir a la acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales, circunstancia que le ocasionó un gran estrés y zozobra, al no contar con el pago de salarios ni del auxilio por incapacidad, por lo que se vio obligada a buscar los medios necesarios para salvaguardar su vida y salud.

### **1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Según constancia secretarial visible a folio 423, vencido el término legal correspondiente, ninguna de las partes alegó de conclusión.

### **1.6. El Ministerio Público**

El agente del ministerio público no rindió concepto.

## **2. Consideraciones**

### **2.1. El problema jurídico**

De acuerdo con los argumentos propuestos por la apelante única en el recurso de alzada, los problemas jurídicos en esta instancia se circunscriben a establecer 2 aspectos a saber: (i) si la señora Rosalba Cordero Villalobos tiene derecho, como insiste, al pago de los salarios [sic] y demás prestaciones sociales o de auxilios por incapacidad causados mientras estuvo incapacitada medicamente para laborar entre el mes de agosto de 2010 y septiembre del año 2013, con cargo a la parte demandada; y (ii) si le asiste el derecho a la accionante a ser indemnizada por los supuestos daños materiales y morales ocasionados por su desafiliación del sistema de salud.

### **2.2. Marco normativo**



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

### **2.2.1. Sobre la Seguridad Social en Salud, las incapacidades médicas y la protección internacional del trabajador enfermo.**

El artículo 25 de la Carta Superior señala que el trabajo es un derecho y una obligación de carácter social que amerita la especial protección del Estado en todas sus modalidades, mientras que los artículos 48 y 53 consagran una serie de garantías constitucionales relacionadas con la protección al trabajador entre las que se puede encontrar la estabilidad laboral, remuneración mínima vital y móvil, la protección especial a la mujer y la seguridad social.

La citada protección se extiende a aquellas situaciones en las que el trabajador, por cualquier circunstancia, ve afectado su estado de salud hasta el punto de requerir una incapacidad médica por enfermedad o accidente, tiempo en el cual no puede ser desamparado ni por el empleador, ni por las entidades prestadoras de los servicios de salud, ni por las administradoras de riesgos laborales.

Las anteriores prerrogativas constitucionales y legales comportan una celosa materialización de las garantías propias de la seguridad social y un claro ejemplo del desarrollo del Estado social de derecho. Así, la protección del trabajador enfermo es también una ejecución de la agenda internacional en materia laboral que se ha visto concretada en, por ejemplo, el Convenio 102 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en el que se plasman sendas líneas de protección al trabajador en materia de asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad.

De ese modo, el citado convenio ha previsto un entorno proteccionista alrededor del trabajador afectado por calamidades de carácter médico, tales como las garantías de prestación de los servicios de salud, para los cuales se han señalado, entre otros, 4 derroteros relevantes para el presente asunto a saber: (i) la asistencia médica general; (ii) el servicio médico especializado; (iii) el suministro de productos farmacéuticos; y (iv) la atención intrahospitalaria.

Además, el fortalecimiento de la garantía de los servicios médico-asistenciales fue objeto de refuerzo en la misma previsión internacional, en la que se procuró el compromiso de los Estados en materia económica, en atención a la especial



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

condición de fragilidad del trabajador enfermo y su núcleo familiar. Es así que se previó la concesión de prestaciones económicas periódicas para las personas protegidas, durante el periodo de morbilidad en el que se estructure la incapacidad para laborar.

Ahora, es cierto que el Convenio 102 de 1952 no ha sido ratificado por Colombia y, en consecuencia, no hace parte del bloque de constitucionalidad; sin embargo, ha sido la misma Corte Constitucional<sup>7</sup> la que le ha dado una función interpretativa y orientadora a los principios del derecho internacional, específicamente aquellos intrínsecamente relacionados con los derechos humanos, razón por la que la no ratificación de un convenio o pacto no necesariamente implica su completa desatención.

En ese sentido, a partir del contenido del artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia, no solo el derecho positivo o *hard law* constituye fuente directa de las decisiones judiciales, sino que la costumbre y los principios generales del derecho también son elementos orientadores, particularmente, en materia de progresividad y protección de derechos laborales, más aún si se tiene en consideración que la reglamentación interna es coherente con las previsiones que sobre la materia efectuó el antecedente internacional citado.

En esa misma línea, el derecho hispano ha previsto sendas protecciones en esta materia, las cuales pueden corroborarse con el contenido del Código Iberoamericano de Seguridad Social suscrito en el mes de septiembre de 1955 en Madrid, España, y aprobado en el derecho doméstico a través de la Ley 516 de 1999. En ese sentido, la sección cuarta, común en ambas compilaciones normativas, se refiere al soporte económico para el trabajador en caso de enfermedades que, según la terminología legal interna, podría entenderse como de origen común.

Esta última deducción obedece al simple hecho de que lo relacionado con accidentes laborales y enfermedades «profesionales» se encuentra previsto en la sección sexta de la citada legislación común, además de la salvedad contenida en el artículo 54, según el cual la contingencia de enfermedad «deberá comprender la

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2008.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

incapacidad temporal para el trabajo, a causa de la enfermedad o el accidente, **distintos de la enfermedad profesional o del accidente de trabajo**». (negritas propias)

Pues bien, hecha la anterior aclaración, vale la pena resaltar que el sustento económico previsto en la legislación iberoamericana, ratificada por Colombia, consiste en un pago periódico que tiene el propósito, tal como en el sistema general de seguridad social interno, de cubrir las necesidades médicas del trabajador enfermo y no desamparar al núcleo familiar, el cual debe desembolsarse durante todo el transcurso de la contingencia o incapacidad, pues así se consagró en el artículo 57 *ibidem*, y solo podrá suspenderse en caso de que «el beneficiario, sin motivos o causas razonables, se negase a seguir el tratamiento médico que se hubiese prescrito».

### **2.2.2. Sobre el sistema de seguridad social integral colombiano y las incapacidades médicas del trabajador**

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social Integral comprende la prestación de servicios relacionados con la salud, pensiones y riesgos laborales y se basa en principios relativos a la eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad. La afiliación al sistema de salud tiene 3 características esenciales: (i) es obligatoria, excepto para quienes pertenezcan a regímenes exceptuados o especiales;<sup>8</sup> (ii) se realiza por una única vez;<sup>9</sup> y (iii) la desafiliación solo se produce por la muerte del afiliado.<sup>10</sup>

La citada protección cubre circunstancias imprevistas tales como aquellas en las que el trabajador es titular de una incapacidad médica que le impide cumplir con las funciones asignadas al cargo que desempeña. En ese sentido, dada la especial situación de vulnerabilidad propia de una afección médica, el legislador ha procurado no desamparar al trabajador indispuesto a través de la concesión de un auxilio económico que le garantice la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, según lo consignado, de forma común, en los artículos 53 de

<sup>8</sup> Así está consagrado en los artículos 17 del Decreto 2353 de 2015 y 2.1.3.2 del Decreto 780 de 2016.

<sup>9</sup> Por disposición del artículo 2.1.3.1 del Decreto 780 de 2016.

<sup>10</sup> Parágrafo 2 del artículo 2.1.3.1 *ibidem*.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

la Constitución Política de 1991, 227 del Código Sustantivo del Trabajo, 206 de la Ley 100 de 1993, 3 de la Ley 776 de 2003, 7 del Decreto 1295 de 1999 y 40 del Decreto 1406 de ese mismo año.

Ahora, las incapacidades médicas pueden tener origen en enfermedades o accidentes de carácter laboral o común, es decir que pueden relacionarse o no con la actividad laboral desempeñada por el trabajador. De ese modo, la determinación de la causa de la enfermedad que da pie a la incapacidad médica tiene una relación directa con los términos y características del pago del mencionado auxilio económico y con el régimen normativo aplicable.

En ese sentido, los subsidios por incapacidad **de origen laboral** deben ser asumidos de manera plena por la administradora de riesgos laborales en cumplimiento del artículo 7 del Decreto 1295 de 1994 y, a partir del párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dicho pago deberá ser asumido desde el día siguiente al acaecimiento del accidente de trabajo.

Por su parte, en caso de que la incapacidad sea **de origen común**, el último antecedente normativo citado señala que el mencionado auxilio será asumido, durante los primeros 2 días por el empleador y del tercer día en adelante, hasta el día 180, por la empresa promotora de salud.<sup>11</sup> En caso de que la incapacidad supere los 180 días, el fondo de pensiones, bajo las atribuciones del artículo 41 de la Ley 100 de 1993,<sup>12</sup> deberá asumir el pago de un subsidio por incapacidad equivalente al valor de la incapacidad que venía siendo pagada por la E.P.S., siempre y cuando

---

<sup>11</sup> **ARTÍCULO 1.** Modificar el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así: **PARÁGRAFO 1º.** En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

<sup>12</sup> **ARTÍCULO 41.** Calificación del Estado de Invalidez. [...] Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

exista concepto favorable de rehabilitación de la promotora de salud, el cual deberá ser emitido antes del cumplimiento del día 120 de incapacidad, so pena de que sea la E.P.S. la que continúe sufragando dicho subsidio.

El mismo artículo 41 de la Ley 100 de 1993, ha fijado un plazo máximo de 540 días de incapacidades de origen común, cifra que surge de la suma de los 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la Empresa Promotora de Salud, pues, en caso de que el empleado no se haya recuperado en ese plazo y no haya concepto favorable de rehabilitación de la E.P.S., deberá iniciarse el trámite de la pensión de invalidez ante el respectivo fondo de pensiones.

### **2.2.3. Sobre las cotizaciones a seguridad social durante el periodo de incapacidad de origen común del trabajador**

Durante las incapacidades médicas de origen común persiste el deber de continuar realizando los aportes al sistema de seguridad social en materia de salud y pensión, tal como lo ordena el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 que dice lo siguiente:

*ARTÍCULO 3.2.1.10. Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.*

**En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la ley.** Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquellas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

Serán de cargo de la respectiva Administradora de Riesgos Laborales (ARL), el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

accidente de carácter laboral, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARL descontará el valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

[negrillas propias]

A su turno, de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 1772 de 1994, modificado por el artículo 2.2.4.2.1.6. del Decreto 1072 de 2015, durante los periodos de incapacidad no se causan cotizaciones por concepto de riesgos laborales, indistintamente del origen de dicha novedad. La norma es del siguiente tenor:

**ARTÍCULO 2.2.4.2.1.6. Contenido del formulario de novedades.**

Se consideran novedades:

- 1.1. Ingreso de un trabajador;
- 1.2. Incapacidad del trabajador;**
- 1.3. Vacaciones de un trabajador;
- 1.4. Licencias y suspensiones del trabajo, no remuneradas;
- 1.5. Modificación del salario;
- 1.6. Egreso de un trabajador;
- 1.7. Cambio de nombre o razón social del empleador;
- 1.8. Cambio de actividad económica principal.

**Durante el período de duración de la novedad no se causan cotizaciones a cargo del empleador, al Sistema General de Riesgos Laborales, por las contempladas en los numerales 1.2., 1.3., 1.4 y 1.6., de este artículo.**

[negrillas propias]

De conformidad con las normas transcritas, las cotizaciones al sistema de seguridad social por concepto de salud y pensión durante el periodo de incapacidades médicas de origen común siguen siendo, en la misma proporción legal, una obligación compartida del empleador y el trabajador;<sup>13</sup> la única diferencia radica en la base de cotización, pues en cumplimiento de lo consignado en el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, estará constituida ya no por el valor del salario sino por el monto reconocido por concepto de subsidio de incapacidad, con la salvedad de que el porcentaje del aporte que le corresponde al trabajador incapacitado será descontado de forma directa del citado auxilio.

<sup>13</sup> Según se lee de la parte final de la primera premisa del inciso segundo del artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y de la Protección Social número 780 de 2016.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Ahora, está claro que durante los periodos de incapacidad médica no se causan salarios en favor del trabajador incapacitado, por la evidente razón de que, por motivos de salud, no se encuentra desempeñando las funciones de su empleo. Así la prestación económica que se genera es un subsidio o auxilio por incapacidad que, en todo caso, no está a cargo del empleador, sino, como ya se explicó, de la empresa promotora de salud o el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, según corresponda.

#### **2.2.4. Sobre las consecuencias de la mora en el pago de los aportes a seguridad social en salud del trabajador incapacitado**

La obligación de pago del tan referido auxilio por incapacidad por parte de las E.P.S se encuentra supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos legales; el más relevante en esta oportunidad es que las cotizaciones al sistema de seguridad social se encuentren al día, pues si no se han cumplido los deberes de pago, habrá lugar a la **suspensión**<sup>14</sup> del beneficiario del sistema contributivo y, en consecuencia, no existirá el deber recíproco, por parte de la promotora de salud, de pagar las incapacidades causadas durante el periodo de mora.

Lo anterior se encuentra detalladamente explicado en el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 del 2016, que es del siguiente tenor:

**ARTÍCULO 2.1.9.1. Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes.** El no pago por dos periodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS. Durante el periodo de suspensión, el empleador en mora deberá pagar el costo de los servicios de salud que demande el trabajador y su núcleo familiar, sin perjuicio del pago de las cotizaciones adeudadas y de los intereses de mora correspondientes.

[...]

Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad

---

<sup>14</sup> No es correcto citar el término «desafiliación», pues el artículo 2.1.3.1 del Decreto 780 de 2016 señala que la única causal de desafiliación es la muerte del beneficiario. Adicionalmente, el artículo 2.2.3.1.3 indica que se encuentran en estado activo todos aquellos afiliados que no estén «retirados, suspendidos o desafiliados por fallecimiento», entendiendo el término «retirado» no como una sustracción del sistema sino como un cambio entre regímenes, contributivo y subsidiado.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

Visto lo anterior, en aquellos eventos en los cuales el empleador, quien es el obligado a trasladar el pago de la seguridad social, incumpla con sus obligaciones legales de pago de los aportes durante los periodos de incapacidad de origen común del trabajador, la empresa promotora de salud se verá relevada del deber de pago de la incapacidad médica, lo que conlleva a que sea el empleador el legalmente llamado a pagar tanto el auxilio de las incapacidades como los gastos médicos en los que incurra el trabajador e, incluso, su núcleo familiar.

Sobre lo mencionado, el artículo 2.2.3.7.3 expone lo siguiente:

**Artículo 2.2.3.7.3. Causales de suspensión o no reconocimiento de pago de la incapacidad de origen común.**

1. Cuando la entidad promotora de salud, la entidad adaptada o la autoridad competente, según el caso, determine que se configura alguna de las causales de abuso del derecho establecidas en el artículo 2.2.3.7.1 del presente decreto.
2. Cuando el cotizante no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2.2.3.3.1 del presente decreto.
3. **Cuando el cotizante incurra en mora conforme con lo establecido en los artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3 del presente decreto.**
4. Cuando la incapacidad de origen común tenga origen en tratamientos con fines estéticos y sus complicaciones, o se derive de tratamientos que acrediten los criterios de exclusión definidos el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

En virtud de los antecedentes normativos citados, está claro que el no pago por parte del empleador de los aportes a la seguridad social genera la suspensión del régimen contributivo del trabajador, con el consecuente no pago por parte de la E.P.S de las incapacidades de origen común que se causen y, por contera, le impone el deber de asumir el pago tanto del auxilio correspondiente como de los gastos médicos en que incurra el empleado.

**2.2.5. Jurisdicción rogada y acceso a la administración de justicia**

En virtud de la naturaleza predominantemente rogada de esta jurisdicción, el Consejo de Estado ha sostenido que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser *infra*, *extra* o *ultra petita*, sino que debe



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su consideración.<sup>15</sup> Además, cuando se demande un acto administrativo, deben indicarse las normas violadas y el concepto de su violación.<sup>16</sup>

Sin embargo, esta corporación ha aclarado que la aplicación del criterio de jurisdicción rogada encuentra una fuerte limitación en los derechos fundamentales de los asociados y en la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia. Así, el citado principio debe flexibilizarse cuando se encuentran en juego garantías laborales y de la seguridad social. En tal sentido, en sentencia de unificación del 12 de abril de 2018, se explicó lo siguiente:<sup>17</sup>

[...] el principio de la jurisdicción rogada tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos en los términos indicados por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, pero debe precisarse que aquel no puede entenderse como absoluto en esta jurisdicción y menos aún en materia laboral, especialidad dentro de la cual se conciben derechos mínimos e irrenunciables, que obligan al juez a dar aplicación a normas superiores, tal y como sucede cuando se acude a las excepciones de convencionalidad, inconstitucionalidad, de ilegalidad, como tampoco si se está en presencia de eventos como el descrito en la sentencia C-197 de 1999, la cual prevé la obligación del juez contencioso administrativo de atender la norma constitucional cuando se encuentre frente a derechos fundamentales de aplicación inmediata o cuando debe decidir de oficio sobre excepciones previas o de fondo, solo para señalar algunas excepciones que se pueden presentar al carácter restrictivo del marco impuesto por los argumentos de las partes.

En ese mismo sentido, la Sentencia C-197 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del CCA,<sup>18</sup> concluyó que «cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito

<sup>15</sup> Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2011, radicado: 68001-23-31-000-2005-02784-01 (1327-11).

<sup>16</sup> Artículo 162 del CPACA.

<sup>17</sup> Radicado: 81001-23-33-000-2014-00012-01 (1321-15).

<sup>18</sup> Código Contencioso Administrativo.

Artículo 137. Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

[...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

de señalar las normas violadas y el concepto de la violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución».

Al respecto, el alto tribunal advirtió que no podía extremarse la aplicación de la norma analizada bajo un rigorismo procesal que atentara contra el principio de la prevalencia del derecho sustancial; por el contrario, el operador judicial está llamado a salvaguardar la vigencia y goce efectivo de las garantías fundamentales.

En consonancia con los anteriores lineamientos interpretativos, esta corporación se ha referido al deber que tiene el juez de realizar una lectura integral y contextualizada de la demanda, lo cual debe hacerse desde la etapa de admisión hasta la sentencia, en aras de materializar la prevalencia del derecho sustancial y el acceso a la administración de justicia.

En efecto, se ha precisado que el artículo 228 de la Constitución Política impuso al juzgador el deber de «ver la materia real del litigio con prescindencia de la forma; le dio una capacidad de acción, y con ella, lo convirtió en un verdadero rector del proceso con poderes de interpretación auténtica, se recaba, al exigirle que los juicios deben ser expresión del derecho sustancial»<sup>19</sup>. Igualmente, se ha explicado que los rigorismos procesales no pueden traducirse en el sacrificio de valores y bienes jurídicos establecidos en normas sustanciales. Así se ha concluido:<sup>20</sup>

[...] el juzgador a efecto de garantizar el debido acceso a la administración de justicia debe evitar el exceso de ritual y por ende debe aplicar el principio de la prevalencia del derecho sustancial, favorabilidad e interpretación integral y coherente de la demanda, cuando la falta de técnica jurídica impida establecer de manera expresa lo pretendido por el administrado y “los elementos formalmente omitidos estén implícitos o pueden deducirse de su texto”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 8 de noviembre de 2001, radicado: 15001-23-31-000-1994-0135-01 (12853), actor: Armando Gaitán Garzón.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, auto de 3 de marzo de 2016, radicado: 05001-23-33-000-2013-01457-01 (0569-2014), actora: Mariela Oliva Castaño de Cadavid.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, ponente: Alfonso Vargas Rincón, actor: José Said Arévalo Sánchez, demandado: Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, Número de Radicación 68001-23-31-000-2005-02297-01.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

El anterior criterio es consonante con los artículos 11 del Código General del Proceso y 103 de la Ley 1437 de 2011, los cuales preceptúan que las actuaciones del juez de lo contencioso administrativo están inspiradas en la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y las leyes, así como la preservación del ordenamiento jurídico.

### **2.2.6. Sobre las negaciones indefinidas y la carga dinámica de la prueba**

De acuerdo con el artículo 167 del Código General de Proceso, las partes tienen el deber de probar los presupuestos legales con los que procuran que les sean concedidas las pretensiones dentro de un proceso judicial, principio también conocido como *onus probandi*; sin embargo, el juez conductor del proceso, en virtud de los principios de celeridad, eficiencia y justicia, tiene la potestad de redistribuir la carga probatoria, de modo que la parte que se encuentre en una mejor posición probatoria, asuma el deber de aportar los medios necesarios para obtener un mejor convencimiento sobre los hechos y argumentos propuestos.

El tenor del citado antecedente normativo es el siguiente:

**ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Como puede observarse, del inciso final de la anterior transcripción se extrae que los hechos notorios y las negaciones indefinidas relevan a la parte interesada del deber probatorio que impone la norma, toda vez que estas últimas generan dificultades probatorias al ser hechos que no pueden ser ubicados en el tiempo y el espacio, es decir, que son circunstancias físicas o temporalmente indeterminables.

Ante circunstancias como la descrita, la carga probatoria se invierte, esto es, que independientemente de quien haya alegado un hecho, la parte que se encuentre en mejor posición probatoria deberá aportar las pruebas que tenga en su poder; lo anterior representa una moderación en el alcance del principio del *onus probandi* y se denominó como la carga dinámica de la prueba, en el cual se reemplaza el mandato de que «quien alega debe probar» por el de «quien puede debe probar»<sup>22</sup>.

Tal beneficio procesal se da cuando el juez evidencia una ostensible desigualdad entre las partes al momento de aportar pruebas al proceso, como cuando una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, como, por ejemplo, en el ámbito laboral<sup>23</sup>.

En relación con la carga dinámica de la prueba, la Corte Constitucional ha sostenido:<sup>24</sup>

[...] no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencias T-741 del 2004 y T-346 de 2011, entre otras.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencias T-638 de 1996 y T-772 de 2003, entre otras. El desarrollo de la «carga dinámica de la prueba» hasta antes de la entrada en vigencia del Código General del Proceso (artículo 167), se dio a través de la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico, como de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil. Ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 24 de octubre de 1990, expediente: 5902 y del 24 de enero de 2002, expediente: 12706.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-086 de 2016.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia [...].

Bajo estos supuestos, se convierte en una garantía de acceso efectivo a la administración de justicia para la persona que alega la vulneración de un derecho, pero a quien le es imposible, por razones técnicas, de conocimiento o fácticas, aportar las pruebas para demostrar los supuestos de hecho que alega, las cuales sí tiene en su poder la contraparte, lo que implica que la obligación de allegarlas al proceso se traslada a esta última.

### **2.2.7. Sobre la reparación del daño a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**

La instrumentalización del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para la obtención de la reparación de daños materiales e inmateriales ha sido decantada por esta corporación en el sentido de indicar que dicha posibilidad fue prevista en el anterior Código de lo Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 85 se dispuso que, por conducto de esa acción, además del estudio de legalidad de los actos administrativos, cabía la posibilidad de solicitar la reparación de los daños causados con la decisión objeto de estudio.

En ese sentido se pronunció la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 24 de agosto del 2000, dictada dentro del proceso con radicado interno 659-00, en donde se concluyó lo siguiente:

[S]i el acto administrativo de carácter particular ha sido expedido viciado de alguna de las causales de anulación, la ley contempla la posibilidad de que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, no sólo se restablezcan eventuales derechos económicos, sino que, también otorgó a los afectados la facultad de pedir el resarcimiento de perjuicios morales.

No significa lo anterior que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleva simultáneamente restablecimiento de derechos de carácter económico y moral, quiere decir la Sala que, corresponde al juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, ordenar el restablecimiento de los derechos económicos a que haya lugar y determinar el grado de lesión moral que resulte probado en el plenario, disponer la condena en tal sentido.



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

La anterior disposición normativa fue reproducida en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a través del artículo 138, en donde se reitera que toda persona que considere lesionados sus derechos o intereses tiene la potestad de acudir a la administración de justicia en aras de que se «declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño».

En ese sentido, la procedencia de este medio de control supone la existencia de un acto administrativo, generalmente de contenido particular, que lesiona un derecho individual amparado en una norma jurídica, lo que implica que tanto la afectación del derecho como de cualquier otro bien jurídico en virtud del cual el administrado pueda haber sufrido un daño, debe tener relación causal con la manifestación de voluntad estatal que se impugna. En otras palabras, en tales circunstancias, la situación violatoria del derecho y generadora de daño no puede ser otra que el acto administrativo demandado.

Ahora, las citadas pretensiones de reparación no escapan de la carga probatoria propia de quien la alega, lo que quiere decir que recae sobre el peticionario el deber de demostrar la existencia o configuración del daño, además del vínculo causal entre el acto administrativo cuestionado y los perjuicios cuya reparación se procura; lo anterior, presupone un deber argumentativo en cabeza de la parte demandante quien deberá soportar probatoriamente que el acto demandado le ha causado un daño que debe ser objeto de resarcimiento. Así lo ha considerado esta Sección:<sup>25</sup>

En ese orden de ideas, siendo el daño *–para efectos de su reparación–* un elemento que debe ser argumentado y probado por el demandante, por cuanto en el medio de control de nulidad y restablecimiento su reparación comprende una pretensión eminentemente subjetiva, le corresponde al demandante indicar que en que consiste éste, cuál es su extensión, así como probar su existencia y relación de causalidad con el acto administrativo viciado de nulidad.

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 20 de septiembre del 2018. Radicado 68001 23 33 000 2014 00988 01 (3301-17).



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

De acuerdo con lo anterior, resulta pertinente precisar que en el campo de estudio del daño se han previsto una serie de presunciones, específicamente en lo relacionado con el daño moral o inmaterial, como, por ejemplo, el menoscabo emocional, mental y espiritual, la angustia, la aflicción, el temor, la preocupación, el nerviosismo generado a partir de la privación injusta de la libertad, del fallecimiento de un ser querido o de la falla en la prestación del servicio médico, conjetura que solo puede deprecarse del afectado directo o de los familiares más cercanos.

Lo anterior implica que la presunción del daño moral es restrictiva y no puede predicarse de cualquier circunstancia, razón por la que, generalmente, se mantiene la carga argumentativa y probatoria sobre el interesado, en atención a que una condena en ese sentido debe estar ampliamente respaldada.

### 2.3. Hechos probados

i) El 9 de febrero de 1999, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, por medio de Resolución 062, vinculó a la señora Rosalba Cordero Villalobos en el cargo de promotora de salud, código 541, de carrera administrativa, del cual tomó posesión según acta de la misma fecha. En virtud del artículo 21 del Decreto 785 de 2005, el cargo pasó a denominarse auxiliar área salud, código 412.<sup>26</sup>

ii) A la demandante se le han concedido una serie de incapacidades médicas en las que no se especifica el origen, laboral o común, del cuadro clínico; sin embargo, en la junta médica que le fue practicada a la señora Cordero Villalobos, a la que se hará referencia con posterioridad en atención al orden cronológico de los hechos, se determinó que los padecimientos son de origen común. Los datos de las aludidas incapacidades son los siguientes:<sup>27</sup>

Número recetario	Fecha de expedición de la incapacidad	Fecha de inicio de la incapacidad	Fecha de terminación de la incapacidad	Días	Folio
566502	05 de marzo de 2010 [sic]	7 de marzo de 2010 [sic]	Sin especificar	30	190 y 191
Sin consecutivo	14 de mayo de 2010	14 de mayo de 2010	Si especificar	30	185 y 187
Sin consecutivo	26 de julio de 2010	13 de junio de 2010	Sin especificar	30	179
575989	28 de julio de 2010	13 de julio de 2010	Sin especificar	30	176 y 177
579548	13 de septiembre de 2010	7 de septiembre de	Sin especificar	30	171 y 172

<sup>26</sup> Folios 205 y 206.

<sup>27</sup> Folios 35, 42, 43, 90, 108, 110, 121, 143, 150, 153, 158, 164 y 169.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

		2010			
579148	05 de noviembre de 2010	7 de octubre de 2010	Sin especificar	60	164 y 171
Sin consecutivo	10 de diciembre de 2010	6 de diciembre de 2010	Sin especificar	30	159
584413	17 de enero de 2011	6 de enero de 2011	Sin especificar	30	132 y 155
588017	14 de febrero de 2011	7 de febrero de 2011	Sin especificar	30	142
317752	18 de marzo de 2011	7 de marzo de 2011	Sin especificar	30	130
Sin consecutivo	2 de junio de 2011	7 de abril de 2011	7 de mayo de 2011	30	115
Sin consecutivo	2 de junio de 2011	8 mayo de 2011	8 de junio del 2011	30	115
56885	6 de julio de 2011	9 de junio de 2011	8 de julio de 2011	30	111
56889	6 de julio de 2011	9 de julio de 2011	7 de agosto de 2011	30	111
Historia clínica 49625009	10 de agosto de 2011	10 de agosto de 2011	Sin especificar	30	66 y 67
62119	29 de septiembre de 2011	9 de septiembre de 2011	9 de octubre del 2011	30	63
65656	2 de noviembre de 2011	10 de octubre de 2011	Sin especificar	30	64
65656	2 de noviembre de 2011	10 de octubre de 2011	Sin especificar	30	61
68415	14 de diciembre de 2011	10 de noviembre de 2011	Sin especificar	30	56
68414	14 diciembre de 2011	11 diciembre de 2011	Sin especificar	30	56

iii) El 11 de marzo,<sup>28</sup> 25 de marzo<sup>29</sup> y 4 de abril de 2011,<sup>30</sup> la demandante interpuso derechos de petición ante la E.S.E. Hospital Francisco Canossa con el propósito de que se le reconocieran y pagaran las «incapacidades médicas, salarios y prestaciones sociales causados desde el mes de junio de 2010» [sic].<sup>31</sup>

iv) El 4 de octubre de 2011, la señora Rosalba Cordero interpuso derecho de petición ante el Hospital Francisco Canossa, en donde solicitó información sobre un requerimiento elevado por ese hospital ante Positiva Compañía de Seguros S.A. en relación con los pagos de la seguridad social en salud y pensión, en atención a que, para la fecha, se encontraba desafiada del sistema [sic].<sup>32</sup>

v) El 11 de octubre de 2011, mediante oficio de la fecha, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa le informó a la señora Rosalba Cordero Villalobos lo siguiente:<sup>33</sup>

Una vez revisado el sistema de información del Hospital, no existe respuesta a la comunicación referida dirigida a la doctora María Angélica González Oñate, gerente

<sup>28</sup> Folios 138 y 139.

<sup>29</sup> Folio 129.

<sup>30</sup> Folio 123.

<sup>31</sup> Folios 123, 129, 138 a 118

<sup>32</sup> Folios 80 y 81.

<sup>33</sup> Folio 76 y 75, en ese orden, pues los documentos se aportaron invertidos.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

de Positiva Compañía de Seguros S.A. al no tener la respuesta dentro del término de ley, operó respecto de esa A.R.P. el silencio administrativo positivo.

**Se le reitera una vez más, que es la E.P.S. a la que está afiliada, la responsable de los pagos de los aportes a seguridad social en salud, por el solo hecho de sus incapacidades**, por lo que le corresponde a la peticionaria hacer las exigencias pertinentes a la E.P.S., vía derecho de petición y/o a través de tutela.  
[negrilla fuera de texto]

vi) El 14 de octubre de 2011, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa envió un oficio a la gerente zonal de Aguachica de la E.P.S. Salud Vida, en el que indicó lo siguiente:<sup>34</sup>

[...] me dirijo a usted con el acostumbrado respeto, para manifestarle mi total **rechazo a lo manifestado por el nivel central de SALUDVIDA EPS, pretendiendo que el Hospital Francisco Canossa de Pelaya Cesar, asuma el pago de los aportes a salud y pensión de Rosalba Cordero Villalobos** [...].

Desconoce olímpicamente **SALUDVIDA EPS**, la legalización que opera respecto al pago de las cotizaciones para el sistema general de pensiones y de seguridad social en salud en los periodos de incapacidad temporal.

En efecto, la Ley 776 de 2002 parágrafo 2, artículo 3, informa que: “las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán asumir el pago de la cotización para los sistemas generales de pensiones y de seguridad social en salud correspondiente a los empleadores, durante los periodos de incapacidad temporal y hasta por un ingreso base de liquidación”.

En ningún acápite de ley, decreto o resolución, se informa de manera contraria, esto es, que sea el Hospital el obligado a efectuar el pago de las cotizaciones. Si **ROSALBA CORDERO VILLALOBOS** presenta mora en los pagos de aportes en salud y pensión correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 2011, no es culpa o responsabilidad de la E.S.E., sino de **SALUDVIDA EPS** y de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** tal y como así lo obliga la norma precitada.

Así las cosas, es urgente que el nivel central SALUDVIDA EPS, se acoja a la norma y resuelva el tema conjuntamente con la ARP Positiva Compañía de Seguros y procedan conforme a lo indicado en la ley 776 de 2002.

vii) El 24 de enero de 2012, la gerente zonal de Aguachica, Cesar, de la E.P.S. Salud Vida le informa al gerente de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa que los aportes

<sup>34</sup> Folios 73 y 74.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre del año 2011 deben ser cancelados por esa I.P.S para poder liquidar las incapacidades concedidas a la señora Rosalba Cordero.<sup>35</sup>

viii) El 2 de febrero de 2012, se notificó a la demandante del oficio del 31 de enero de ese año, en el que el gerente de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa le informa a la gerente zonal Aguachica de la E.P.S. Salud Vida que, de acuerdo con el artículo 3, parágrafo 2, de la Ley 776 de 2002, las entidades administradoras de riesgos profesionales son las encargadas de efectuar las cotizaciones a los sistemas generales de pensión y seguridad social [sic] durante los periodos de incapacidad temporal, tal como ocurrió en el caso de la señora Cordero Villalobos, razón por la que no es el empleador el obligado a asumir tales costos.<sup>36</sup>

ix) El 29 de marzo de 2012, el Juzgado Promiscuo de Aguachica, Cesar, dictó sentencia dentro de la acción de tutela con radicado 2012 00009 01 iniciada por la señora Rosalba Cordero en contra de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, la E.P.S. Salud vida y Positiva Compañía de Seguros, en la que ordenó, provisionalmente, a la primera de las demandadas, realizar los pagos de seguridad social causados con posterioridad a los primeros 180 días de incapacidades médicas de la accionante.<sup>37</sup>

x) El 23 de julio de 2012, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar, por medio del dictamen número 2830, diagnosticó a la demandante con una pérdida de la capacidad laboral del 51 % como consecuencia del padecimiento de: arritmia asintomática, fibromialgia + síndrome miofascial poliarticular, síndrome depresivo y lumbalgia crónica con alteraciones clínicas y radiográficas, las cuales fueron clasificadas como enfermedades de origen común.<sup>38</sup>

xi) El 27 de agosto de 2012, por medio de derecho de petición, la señora Rosalba Cordero solicitó a la E.S.E. Hospital Francisco Canossa «otorgar las incapacidades médicas laborales [sic] a partir del mes de enero de 2011, que fueron interrumpidas por la decisión de [desvincularla] del sistema de seguridad social en salud desde el

<sup>35</sup> Folio 48.

<sup>36</sup> Folios 49 y 50.

<sup>37</sup> Folios 102 al 104.

<sup>38</sup> Folios 209 al 214 reverso.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

mes de julio de 2011». <sup>39</sup>

xii) El 10 de septiembre de 2012, la entonces gerente de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa dio respuesta a la anterior petición, que fue notificada a la accionante el 17 del mismo mes y año, en el sentido de indicar que las incapacidades médicas son otorgadas por el médico tratante y no por el empleador; además, sugirió a la peticionaria aclarar lo pretendido, toda vez que su derecho de petición no era lo suficientemente claro. <sup>40</sup>

xiii) El 22 de febrero de 2013, la accionante interpuso «reclamación administrativa y/o agotamiento de la vía gubernativa» ante el Hospital Francisco Canossa en la que pretendió lo siguiente: <sup>41</sup>

Como está indicado en los hechos de la presente reclamación administrativa, solicito muy respetuosamente el reconocimiento y pago de los salarios, cesantías e intereses de las mismas, aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión, ARP) primas de navidad, primas de servicio, prima de vacaciones, vacaciones, compensación de vacaciones, aportes a la caja de compensación familiar, calzado y vestido de labor, subsidio de transporte, intereses legales e indexación y demás prestaciones legales que le corresponden por encontrarse laborando para esta entidad. Tomando en cuenta que desde el 15 de febrero del año 2010 a la fecha a mi poderdante no se le cancela ninguno de estos valores.

xiv) El 25 de febrero de 2013, la demandante solicitó a la E.P.S. Salud Vida lo siguiente: <sup>42</sup>

- Se sirva ordenar a quien corresponda el reconocimiento y pago de las incapacidades medico laborales [...] a partir del 15 de febrero del 2010 hasta la actualidad, teniendo en cuenta que no he recibido pago alguno por dicho concepto.
- Que en caso de que Salud Vida haya efectuado algún pago de las incapacidades solicitadas, se me expida copia de dichas consignaciones y de los actos administrativos de reconocimiento.
- Que además se explique el ¿por qué? Salud Vida no me ha cancelado dichas incapacidades.

<sup>39</sup> Folios 37 y 38.

<sup>40</sup> Folio 39.

<sup>41</sup> Folios 231 al 233.

<sup>42</sup> Folios 229 y 230.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

- Solicito copia autenticada de los actos administrativos de vinculación y de la desvinculación de la E.P.S. que usted representa, por parte de mi empleador [...].

xv) El 4 de marzo de 2013, la E.P.S. Salud Vida, en respuesta a la solicitud del 25 de febrero de ese año, le informó a la demandante lo siguiente: <sup>43</sup>

[...]

Que se procedió a verificar derechos en nuestra base de datos evidenciándose que se encuentra suspendida por pagos desde julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, en nuestro sistema de información de régimen contributivo del municipio de Pelaya, sur del Cesar, por lo que me permito comunicarle que su solicitud de pago de las incapacidades es improcedente toda vez que para el reconocimiento económico de las prestaciones económicas [sic] se debe estar al día con los aportes a la E.P.S. en salud, es por ello que le invito que se acerque a su empleador para que le realice el respectivo trámite de depuración de cartera.

[...]

xvi) El 9 de abril de 2013, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, en respuesta al requerimiento del 22 de febrero de esa anualidad, le informó a la señora Rosalba Cordero Villalobos lo siguiente: <sup>44</sup>

Esta gerencia, acabándose de enterar de su caso, y en representación del Hospital en calidad de empleador y dando cumplimiento a la normatividad legal solicitará a la Junta Médica valoración medico laboral de la petente en aras de establecer si estamos frente a una enfermedad general o profesional.

Que la señora Rosalba Cordero Villalobos [...] se encuentra al día en el pago de salud, en relación a los aportes a pensión y ARL, estamos en proceso de liquidación para efectuar el respectivo pago por parte de la empresa social del estado.

En relación a la solicitud de pago de indexación e intereses y demás sanciones no pueden ser reconocidos y cancelados por el Hospital Francisco Canossa.

xvii) El 16 de abril de 2013, la demandante interpuso recurso de reposición contra el oficio del 9 de abril de 2013, expedido por la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, en el que manifestó lo que pasa a transcribirse: <sup>45</sup>

1. [...] me permito comunicarle que mi poderdante se encuentra debidamente calificada por la Junta de Calificación de Invalidez del Cesar y la Guajira

<sup>43</sup> Folios 227 y 228.

<sup>44</sup> Folios 222 y 223.

<sup>45</sup> Folios 219 y 220.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

- mediante dictamen 2830 del año 2012, donde se calificó con un porcentaje superior al 50 % de pérdida de capacidad laboral y el cual se encuentra debidamente ejecutoriado y notificado a la E.S.E. que usted representa [...]
2. En cuanto al numeral segundo del acto administrativo emanado por su despacho, me permito manifestarle que este no es totalmente claro, toda vez que mi solicitud o reclamación administrativa fue la de solicitarle que se me certificara si la E.S.E. que usted representa le ha cancelado a mi poderdante sus salarios y demás acreencias laborales a las cuales tiene derecho. Y si en caso negativo [sic] se le reconocieran y cancelaran como es su deber legal.
  3. Le solicito se me explique el porqué de su negativa a reconocer el pago de la indexación, intereses y demás sanciones [legales] a las cuales tiene derecho mi poderdante, por el no pago oportuno de sus prestaciones sociales y demás derechos, por lo cual requiero el fundamento legal y jurisprudencial de su negativa al respecto.
  4. Por todo lo anterior le solicito que reponga la decisión tomada y notificada al [suscrito] mediante el acto administrativo de fecha 9 de abril del 2013, y En consecuencia acceda a lo solicitado en la reclamación administrativa de fecha 27 de febrero del 2013 en el cual se le solicitó que se sirva ordenar a quien corresponda el reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir, cesantías e intereses de las mismas, aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión, ARP), primas de navidad, primas de servicio, prima de vacaciones, vacaciones, caja de compensación, calzado y vestido de labor, indemnización de vacaciones, subsidio de transporte, intereses legales e indexación que le corresponden a mi poderdante [...] y que han dejado de cancelar desde el 15 de febrero del 2010, fecha en la cual se iniciaron sus periodos de incapacidades laborales producto de enfermedad laboral [sic].<sup>46</sup>

xviii) El 16 de abril de 2013, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya dio respuesta al anterior recurso de reposición en el sentido de transcribir, fielmente, el oficio del 9 de abril de 2013 citado en el hecho probado número xvi.<sup>47</sup>

ixx) Al expediente se aportaron las siguientes facturas de carácter médico:

Número de factura	Fecha	Expedida por	Concepto	Valor	Folio
0927	28 de agosto de 2010	Dra. Ixhel García Castillo [medicina interna]	Consulta médica	\$ 100.000	174
1055	18 de abril de 2011	Dra. Ixhel García Castillo [medicina interna]	Consulta médica	\$ 130.000	121
3851	19 de octubre de	Droguería y Perfumería	Medicamentos [ordenados]	\$ 95.340	71

<sup>46</sup> Según junta médica del 23 de junio del 2012 el cuadro médico que generó las incapacidades médicas de la demandante es de origen común y no laboral; sin embargo, así se consignó en el recurso de reposición.

<sup>47</sup> Folios 2016 y 217.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

	2011	Torcoroma nit: 88138746-1	por psiquiatra, nombre ilegible, del Hospital Regional de Aguachica José David Padilla, en folio 72]		
3147	27 de octubre de 2011	Freddy Pumarejo Valle [sic] Res. Dian 240000023296	Consulta especializada	\$ 60.000	62
3872	27 de octubre de 2011	Droguería y Perfumería Torcoroma NIT: 88138746-1	Medicamentos [ordenados en consulta con el Dr. Freddy Pumarejo]	\$ 104.515	70
123	12 de diciembre de 2011	Instituto Radiológico y Ecográfico Aguachica NIT. 7.417.634	RX cadera	\$ 80.000	60
Sin consecutivo	16 de diciembre de 2011	Dr. William Gutiérrez Ortiz [sin NIT]	Consulta especializada de neurocirugía	\$ 120.000	55
315534	21 de diciembre de 2012	Hospital Regional de Aguachica José David Padilla Villafañe NIT 892.300.445-8	Consulta especialista	Sin especificar	54
3900	21 de diciembre de 2012	Droguería y Perfumería Torcoroma NIT: 88138746-1	Medicamentos	\$ 95.340	52
42836	24 de enero de 2012	Droguería y Perfumería Torcoroma NIT: 88138746-1	Medicamentos	\$ 84.368	53
09618	25 de enero de 2013	Clínica Médica Aguachica LTDA	Consulta	\$ 80.000	47
09662	28 de enero de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA.	Infiltración	\$ 120.000	46
09666	28 de enero de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA.	Infiltración	\$ 120.000	46
09856	14 de febrero de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA. <sup>48</sup>	Infiltración	\$ 120.000	45
10140	15 de marzo de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA.	Consulta	\$ 80.000	45

xx) Al proceso se aportaron las siguientes facturas de transporte público correspondientes a pasajes en la ruta Pelaya – Valledupar y viceversa.

Número de factura	Fecha	Expedida por	Ruta	Valor	Folio
Sin consecutivo	25 de enero de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	195
Sin consecutivo	25 de enero de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	195
1105	28 de enero de 2010	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	193
00601	28 de enero de	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	193

<sup>48</sup> Según la información consignada en la factura, en la Clínica Médica Aguachica LTDA, se prestan servicios médicos relacionados con ultrasonido, cirugía y enfermedades gastrointestinales, hígado, vías biliares, tiroides, mamas y endoscopia.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
 Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

	2010				
Sin consecutivo	22 de febrero de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	198
Sin consecutivo	22 de febrero de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	198
Sin consecutivo	05 de marzo de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	189
Sin consecutivo	05 de marzo de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	189
5027	28 de julio de 2010	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	180
3908	28 de julio de 2010	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Valledupar - Cesar	\$ 25.000	180
Sin consecutivo	13 de septiembre del 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	170
Sin consecutivo	13 de septiembre de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	170
Sin consecutivo	10 de diciembre de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	154
Sin consecutivo	10 de diciembre de 2010	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	154
00610	18 de marzo de 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar [sic]	\$ 25.000	133
5522	18 de marzo de 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar [sic]	\$ 25.000	133
Sin consecutivo	02 de junio de 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	119
Sin consecutivo	02 de junio de 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	119
Sin consecutivo	06 de julio de 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	107
3851	6 de julio de 2011	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	107
00693	10 de agosto de 2011	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	89
3909	10 de agosto de 2011	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	89
Sin consecutivo	29 de septiembre del 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	78
Sin consecutivo	29 de septiembre de 2011	Cootrameque NIT. 824.001.945.9	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	78
7100	27 de octubre de 2011	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Pelaya - Cesar	\$ 30.000	68
12979	2 de noviembre	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Valledupar - Pelaya	\$ 28.000	61



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

	de 2011				
12960	2 noviembre de 2011	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Pelaya - Valledupar	\$ 28.000	61
7945	14 de diciembre de 2011	Emtrasur Ltda. Nit 824.005.620-9	Pelaya - Valledupar	\$ 50.000	193
14657	16 de diciembre de 2011	Emtrasur S.A.S [sin NIT en la factura]	Pelaya - Valledupar	\$ 25.000	45
14658	16 de diciembre de 2011	Emtrasur S.A.S [sin NIT en la factura]	Valledupar - Pelaya	\$ 25.000	55

xxi) El 29 de abril de 2021,<sup>49</sup> esta Subsección profirió auto por medio del cual requirió a la E.S.E. Hospital Francisco Canossa y a la E.P.S. Salud Vida S.A. para que ofrecieran claridad sobre, entre otras: las fechas de las incapacidades médicas concedidas a la señora Rosalba Cordero Villalobos; los pagos de los aportes a la seguridad social durante dichos lapsos; y el pago de los auxilios por incapacidad; el anterior requerimiento debió ser reiterado en 2 oportunidades<sup>50</sup> por parte de la Secretaría de la Sección Segunda de esta corporación,<sup>51</sup> para, finalmente, obtener un pronunciamiento impreciso por parte de la entidad empleadora y completo silencio de la empresa promotora de salud.

En ese sentido, en el memorial visible en los índices 33 y 34 del portal Samai, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa solo se refirió a 2 incapacidades médicas del 9 de diciembre de 2009 y del 20 de febrero de 2010, es decir, omitió las demás incapacidades, y **aceptó haber incumplido con el pago de los aportes a seguridad social** de la señora Rosalba Cordero, sin especificar las fechas de dichos incumplimientos, al paso que se sustrajo del deber de suministrar información o pruebas sobre los pagos a la seguridad social sobre los cuales se le consultó.

A pesar de lo anterior, al final del documento, **afirmó haber estado siempre al día con los citados pagos**, aseveración que resulta ser contraria a lo previamente asegurado por esa misma entidad.

## 2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

<sup>49</sup> Folio 424.

<sup>50</sup> 01 de octubre del 2021 y 17 de enero del 2022.

<sup>51</sup> Folios 425, 427, 429, 430 y 431 del expediente.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Para efectos de ofrecer claridad sobre los puntos a resolver en esta oportunidad, resulta conveniente recapitular aspectos relevantes dentro del presente asunto, tales como que la señora Rosalba Cordero interpuso la demanda de la referencia, **inicialmente**, en contra de su empleador, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, y la E.P.S. Salud Vida S.A. con el propósito de que, previa nulidad de los actos administrativos demandados, se ordenara el pago de salarios, prestaciones sociales y auxilios de incapacidad causados entre el 1 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2013.

Además, pidió que a título de daño emergente se le reintegraran los gastos médicos en los que debió incurrir para el tratamiento de las patologías padecidas, en atención a que había sido suspendida del sistema de salud por la mora en las cotizaciones por parte del empleador; por otro lado, solicitó el reconocimiento del daño moral causado a partir de los graves momentos de estrés a los que se vio sometida al estar desprovista, en medio de las aflicciones de salud, de su sustento económico con ocasión del no pago de salarios ni auxilios de incapacidad.

En otras palabras, la señora Cordero Villalobos solicitaba que por el mismo periodo [1 de agosto de 2010 al 30 de septiembre de 2013] se concedieran y pagaran haberes de origen salarial con cargo a la E.S.E y el auxilio de incapacidad con cargo a la E.P.S. A pesar de lo anterior, por medio de auto del 20 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo del Cesar inadmitió la demanda al encontrar configurada una indebida acumulación de pretensiones, en el entendido de que, según el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, los conflictos relacionados con la E.P.S. Salud Vida S.A. son del resorte de la justicia ordinaria laboral y no del contencioso-administrativo.

Así, ante la inadmisión decretada por el Tribunal, la parte accionante, en memorial del 1 de abril de 2014,<sup>52</sup> adecuó la demanda en el sentido de retirar las pretensiones propuestas en contra de la E.P.S. Salud Vida S.A. razón por la que el presente proceso continuó solo en contra de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, en relación con la supuesta causación de salarios y prestaciones de esa índole y del daño moral y emergente causado; sentido en el que fue fijado el litigio en audiencia inicial del 27 de mayo de 2015.

---

<sup>52</sup> Visible en folios 273 al 277



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

En virtud de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia de primera instancia el 16 de diciembre de 2015, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues ordenó el pago, por parte de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa, en su calidad de empleador, de los aportes a seguridad social en salud y pensión de los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, al hallar demostrado el incumplimiento de dicha obligación solo durante esas mensualidades; pero negó lo relativo al pago de salarios y prestaciones sociales entre agosto de 2010 y septiembre de 2013 al concluir, y en esto fue incisivo, que durante los lapsos de incapacidades médica no se generan salarios ni las prestaciones económicas reclamadas por la demandante, pues solo hay lugar al pago del auxilio por incapacidad, el cual debe ser asumido por la promotora de salud y no por el empleador.<sup>53</sup>

Además, negó las pretensiones de reparación por estimar que no se encontraba debidamente probado que la accionante hubiere padecido sufrimiento o estrés por los hechos narrados, como tampoco estimó acreditado que las facturas con las que pretendía demostrar el daño emergente guardaran relación con el relato fáctico que dio origen a la interposición del presente medio de control.

Como consecuencia de la anterior decisión, la señora Rosalba Cordero interpuso recurso de apelación en el que discutió, fundamentalmente, 3 aspectos a saber: (i) que, a su juicio, el *a quo* solo estudió lo relativo a los aportes a seguridad social en salud y pensión, pero nada dijo sobre la pretensión de pago de los salarios de agosto de 2010 a septiembre de 2013; (ii) que en la primera instancia no se valoró el conflicto suscitado entre el empleador, la E.P.S. y la [ARL] sobre el pago de salarios y auxilios de incapacidad, ni las manifestaciones del gerente del Hospital Francisco Canossa en las que aseguraba que no pagaría los aportes de la seguridad social; y (iii) que, en su consideración, sí está probado el daño moral y material sufrido, pues tuvo que asumir los costos particulares de sus tratamientos médicos y recurrir a la acción de tutela para proteger su vida e integridad.

---

<sup>53</sup> Cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación [sic], calzado y vestido de labor, vacaciones y subsidio familiar.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

De acuerdo con el anterior recuento y con los argumentos del recurso de apelación, los problemas jurídicos planteados se resolverán del siguiente modo:

#### **2.4.1. Sobre la pretensión de pago de salarios, prestaciones o auxilios por incapacidad**

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial, cuando un trabajador es objeto de incapacidades médicas, y en consecuencia se encuentra impedido para continuar con el desempeño normal de sus labores, el legislador ha establecido una serie de mecanismos que tienen por objeto amparar al servidor, de modo que ni él ni su núcleo familiar quede desprovisto del sustento económico, que adquiere gran relevancia en medio de una contingencia médica.

Así, ante la existencia de una incapacidad lo que procede es el reconocimiento de un auxilio, que debe ser pagado, durante los 2 primeros días por el empleador, del día 3 al día 180 por la promotora de salud, o la administradora de riesgos laborales a la que se encuentre afiliado el trabajador, dependiendo de si la incapacidad es de origen común o laboral, respectivamente, mientras que, superados los primeros 180 días, será el fondo de pensiones quien asumirá dicha obligación, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, pues así se ha establecido en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 y el Decreto 1072 de 2015.

De acuerdo con lo anterior, debido a que durante los lapsos de incapacidades médicas el empleado no se encuentra en pleno ejercicio de las funciones para las que fue nombrado, es jurídicamente erróneo afirmar que durante dichos periodos tiene derecho a percibir salario, en atención a que tal emolumento se causa como contraprestación de sus labores; en otras palabras, durante los aludidos ciclos se genera el derecho a percibir el auxilio de incapacidad de que tratan los antecedentes normativos citados, pero no pagos de origen salarial.

En virtud de lo expuesto está claro que, tal como concluyó el *a quo*, en casos como el particular no es procedente el pago de salarios y prestaciones sociales propiamente dichas a cargo del empleador, como lo ha solicitado la señora Cordero Villalobos, toda vez que, dadas las incapacidades de origen común que le fueron



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

concedidas, lo que corresponde es el pago del auxilio por incapacidad con cargo a su empresa promotora de salud, la cual resulta ser Salud Vida S.A.

Por los anteriores argumentos, no le asiste razón a la apelante cuando afirma tener derecho al reconocimiento y pago de salarios por el lapso comprendido entre el mes de agosto de 2010 y septiembre de 2013, en atención a que, según el material probatorio, durante ese lapso se encontraba excusada medicamente lo que quiere decir que no estaba en pleno ejercicio de sus funciones como auxiliar del área de la salud en el Hospital Francisco Canossa, razón por la cual no se generaron en su favor los salarios y demás prestaciones económicas que reclama.

Es por lo indicado que el Tribunal Administrativo del Cesar, en el estudio preliminar de la admisión de la demanda y con apoyo en las normas procedimentales, consideró que las pretensiones relacionadas con la E.P.S y el reconocimiento del auxilio de incapacidad debían ventilarse en un proceso separado ante la jurisdicción ordinaria laboral; decisión normativamente correcta, pero fáctica y probatoriamente inadecuada, dada la evidente desprotección a la que se ha visto sometida la demandante.

De ese modo, es cierto que las pretensiones dirigidas contra las E.P.S y relacionadas con auxilios de incapacidades médicas es un asunto del resorte de la jurisdicción ordinaria laboral, pero debido a que el estudio de admisibilidad de la demanda no abordó un análisis profundo del material probatorio, propio de otra etapa del proceso, dicha determinación del *a quo* no tomó en consideración la mora en la que incurrió el empleador en el pago de los aportes a la seguridad social y las consecuencias legales que ello acarrea, lo que sí impone una obligación de pago en cabeza del Hospital Francisco Canossa.

Lo anterior se explica de mejor forma del siguiente modo: de acuerdo con el resumen realizado en el hecho probado ii, dentro del proceso está acreditado que la señora Rosalba Cordero ha sido objeto de un total de 630 días de incapacidades médicas por padecimientos de salud de origen común, tal como lo determinó la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar en acta del 23 de julio de 2013, las cuales iniciaron el 5 de marzo del año 2010 y fueron prorrogadas continuamente hasta, por lo menos y según lo probado, el 11 de enero del año 2012.



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

De acuerdo con lo explicado párrafos atrás, en el presente caso, el Hospital Francisco Canossa de Pelaya, en su calidad de empleador de la señora Rosalba Cordero, tenía el deber legal de efectuar el pago del auxilio por incapacidad de origen común durante los 2 primeros días, mientras que luego de esa fecha es la E.P.S. quien debió asumir el pago del auxilio hasta el día número 180, momento en el cual lo sufragaría el fondo pensional, en los términos explicados en el marco normativo.

Ahora, si bien es cierto que durante los periodos de incapacidad medica de un trabajador el empleador es relevado de la obligación de pago de los salarios, no puede desentenderse por completo de la situación del servidor, toda vez que persisten una serie de compromisos legales que debe seguir asumiendo, tal como el deber de pago de los aportes a la seguridad social.

En ese sentido, en los eventos de incapacidades médicas de origen común, el empleador debe seguir realizando los respectivos pagos a salud y pensión, pues así lo ordena el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016. Así las cosas, aunque en los periodos de incapacidad de origen común el empleado no reciba el pago de una contraprestación salarial con cargo a su empleador, por las razones detalladas previamente, sí tiene derecho a que se sigan pagando en su favor los aportes de la seguridad social en salud y pensión mientras persista la relación laboral.

En este punto vale la pena resaltar que los derechos y deberes aquí descritos obedecen, exclusivamente, a situaciones de incapacidades médicas de **origen común**, pues aquellas que tienen causas laborales tienen otro tipo de características que fueron detalladas en el acápite del marco normativo, pero que no son materia de estudio en esta oportunidad dada la relación fáctica de esta demanda.

De tal forma, la obligación del empleador de continuar realizando los aportes a la seguridad social tiene una razón fundamental: que el servidor continúe con el acceso a los servicios de salud y que la incapacidad médica no entorpezca, además, el acceso a una pensión de vejez o invalidez. Adicionalmente, también se busca asegurar que el trabajador permanezca activo en el sistema de seguridad social, en tanto son las E.P.S o las administradoras de pensiones quienes deberán, eventualmente, asumir el pago de los auxilios por incapacidad.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Por lo tanto, cuando no se cumple con el deber de realizar los aportes a la seguridad social en salud y pensión del empleado incapacitado durante dos periodos consecutivos, la consecuencia inmediata de dicho incumplimiento es la suspensión automática del sistema contributivo, lo cual, además, implica que la E.P.S. estará relevada del pago de, por ejemplo, las prestaciones por incapacidad médica. Así está consagrado en el artículo 2.1.9.1 del Decreto 780 de 2016.

Adicionalmente, el precitado antecedente normativo prevé una serie de correctivos para el empleador que, cuando menos, incurre en mora en el pago de los aludidos aportes; el mismo artículo mencionado establece que, en caso de mora en las cotizaciones a salud, el empleador deberá costear los gastos médicos en los que incurra el beneficiario y reconocer, entre otras, las prestaciones económicas por incapacidad. A partir de lo explicado, la Sala considera que si bien la señora Rosalba Cordero no tiene derecho a que el empleador le pague los emolumentos **salariales** reclamados en esta demanda, sí hay lugar a que le pague los **auxilios por incapacidad** dada la mora injustificada en la que incurrió.

La demandante asegura que desde el momento en el que le fueron concedidas las incapacidades médicas no ha recibido ningún tipo de remuneración, aseveración que resulta ser una afirmación indefinida que provoca que se invierta la carga de la prueba; es decir, resulta imposible para la accionante probar que no ha recibido el aludido pago, debido a que ello es un hecho negativo, pero sí puede la contraparte probar que ha cumplido con el pago de las obligaciones que están a su cargo.

Entonces, debido a la figura de la carga dinámica de la prueba, en este caso es la parte accionada quien tiene el deber de probar que ha acatado a satisfacción las obligaciones que le impone la norma, toda vez que esa información se encuentra en su poder; no obstante, dicha colaboración por parte de la accionada se echa de menos, en tanto se ha mostrado evasiva dentro del presente proceso judicial.

La anterior afirmación obedece a que la accionada se sustrajo del ejercicio de su derecho de defensa, pues no ha participado activamente dentro del proceso, en tanto no contestó la demanda, no propuso ningún tipo de excepciones, no interpuso recurso de apelación, a pesar de haberle sido parcialmente desfavorable la sentencia de primer nivel, no alegó de conclusión en ninguna de las dos instancias y no atendió, ni oportuna ni juiciosamente los requerimientos efectuados por esta



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Subsección, según las constancias secretariales visibles en los folios 425, 427, 429, 430 y 431.

Por lo anterior, considera la Sala que continuar prolongando el presente proceso, por circunstancias atribuibles a la demandada, sería desconocer los principios de celeridad y justicia material, más aún si se tiene en cuenta la situación de especial protección en la que se encuentra la señora Rosalba Cordero quien cuenta con una disminución de su capacidad laboral superior al 50 %, según definió la Junta Médica del Cesar, panorama que exige una protección reforzada de sus derechos laborales y prestacionales.

Aunque la clara renuencia de la demandada no puede entenderse de plano como una aceptación de los hechos o un allanamiento a las pretensiones, la Sala no admitirá conductas dilatorias o de deslealtad procesal que continúen prolongando la adopción de una decisión de fondo dentro del presente asunto y con ello la desprotección a la que se ha visto sometida la accionante, razón por la que se dará plena validez a los documentos aportados por la demandante y se emitirá una decisión de acuerdo con lo probado y dentro de los límites que la norma impone.

Pues bien, la demandante, bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda en virtud del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, aseguró que desde el mes de agosto de 2010 no ha recibido el pago del auxilio por incapacidad al que tiene derecho.

Así, como ya se ha indicado, si bien, en principio, el citado auxilio no se encuentra a cargo del empleador, en Oficio del 4 de marzo de 2013, la E.P.S. Salud Vida manifestó que la demandante se encontraba suspendida del servicio de salud por la mora en los aportes. En ese sentido, tal como lo certificó la empresa promotora de salud, la E.S.E. Hospital Francisco Canossa incumplió con el pago de tales cotizaciones, circunstancia que, además, fue reconocida por la demandada en memorial visible en los índices 33 y 34 del portal Samai, en donde afirmó haber incumplido, en algunas oportunidades, con los pagos a la seguridad social.

Tal información se respalda también en el oficio del 11 de octubre de 2011, relacionado en el hecho probado número v, en donde el empleador, la E.S.E.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Francisco Canossa, le informa a la señora Rosalba Cordero que, supuestamente, es la E.P.S. a la que se encuentra afiliada la «responsable de los pagos de los aportes a seguridad social en salud», afirmación que, de acuerdo con lo que se ha explicado, no es correcta.

La errada posición del empleador fue reiterada en otro tanto de documentos, tales como los Oficios del 14 de octubre de 2011 y 2 de febrero de 2012,<sup>54</sup> enviados respectivamente a la demandante y a la E.P.S. Salud Vida, en donde persiste en que, «con base en el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 776 de 2002, el encargado de realizar las aludidas cotizaciones es la administradora de riesgos laborales», interpretación equivocada en tanto el citado antecedente normativo se refiere al pago de aportes a seguridad social, pero en el caso de incapacidades médicas de **origen laboral**, no de origen común como la padecida por la señora Rosalba Cordero.

En ese entendido, resulta claro que el empleador, con base en un antecedente normativo incorrecto, se sustrajo del deber legal de realizar el pago de los aportes a salud de la señora Cordero Villalobos. Incumplimiento del que se da cuenta, incluso, en el oficio del 4 de marzo de 2013,<sup>55</sup> por medio del cual la E.P.S. Salud Vida, en respuesta a una petición radicada el 25 de febrero de esa anualidad, informa que la interesada se encuentra suspendida del sistema por falta de pago de los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, hechos que no fueron rebatidos en atención a la renuencia de la parte accionada que no atendió, ni siquiera, los requerimientos judiciales realizados en ese sentido por esta Subsección.

En virtud de lo anterior, de la afirmación de la demandante, los oficios del 11 y 14 de octubre de 2011, 2 de febrero de 2012 y 4 de marzo de 2013 resulta lógico concluir que la E.S.E. Hospital Francisco Canossa ha inobservado el deber que le impone la norma de continuar con los aportes a seguridad social en salud de la señora Rosalba Cordero Villalobos causados durante los periodos de incapacidad de los que fue sujeto; es más, incluso se animó a responsabilizar de la aludida omisión a la E.P.S. Salud Vida y a Positiva Compañía de Seguros según se observa en el inciso 4 del Oficio del 11 de octubre de 2011.

<sup>54</sup> Hechos probados vi y viii, respectivamente.

<sup>55</sup> Hecho probado número xv.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Conforme a ello, es claro que, dada la mora en que incurrió el Hospital Francisco Canossa y la consecuente suspensión de la afiliación de la demandante al régimen contributivo de seguridad social en salud, la señora Rosalba Cordero ha estado desprovista del auxilio por incapacidad que legalmente le corresponde, razón por la que es el empleador el llamado a asumir dicha obligación. Ahora, para efectos de definir los límites de la condena a imponer, es necesario determinar cuántos días de auxilio deberá pagar el empleador.

Pues bien, la accionante ha sostenido que nunca recibió contraprestación alguna durante el tiempo en que se encontró incapacitada, afirmación que tampoco fue objeto de cuestionamiento por la demandada en atención a la renuencia que ha demostrado en el transcurso del proceso. Adicionalmente, al plenario se aportaron un total de 19 incapacidades médicas equivalentes a un total de 630 días, cuidadosamente detalladas en el acápite de hechos probados.

Sin embargo, la norma ha establecido un límite de pago por incapacidades de origen de común de hasta 540 días<sup>56</sup> y solo se podrá continuar con dicho pago superado ese plazo, entre otras, cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de la empresa promotora de salud, circunstancia que no ocurre en el particular toda vez que dada la suspensión de la afiliación de la demandante, la promotora a la que se encuentra afiliada no continuó con la prestación de los servicios médicos, de lo que puede deducirse que no se realizó dicha valoración de rehabilitación.

---

<sup>56</sup> **Artículo 2.2.3.6.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días.** Las entidades promotoras de salud o las entidades adaptadas reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones, que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la entidad promotora de salud o entidad adaptada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

La anterior conclusión se apoya, además, en el requerimiento que sobre el particular se efectuó tanto al empleador como a la E.P.S. Salud Vida S.A., quienes guardaron silencio, incluso, ante la reiteración de dicha solicitud judicial y en la valoración realizada por la Junta de Calificación de Invalidez del Cesar, que determinó la pérdida de la capacidad laboral del 51 %, lo que da origen a la titularidad del derecho pensional por invalidez, es decir, que, en todo caso, dicho concepto no habría sido favorable.

En consecuencia, de acuerdo con el silencio absoluto guardado por el empleador y la E.P.S., las incapacidades médicas aportadas al proceso, la no rehabilitación de la demandante por el alto porcentaje de pérdida de su capacidad laboral y el límite fijado por el Decreto 780 de 2016 en el artículo 2.2.3.6.1. solo habrá lugar al pago de 540 días de auxilio de incapacidad de origen común, los cuales corresponderán a los primeros 540 días causados, contados a partir del 5 de marzo de 2010.

Por lo indicado, hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar, con cargo al empleador, el pago de los auxilios causados en favor de la señora Rosalba Cordero durante los primeros 540 días de incapacidad; con la salvedad de que antes de dar cumplimiento a la presente decisión, habrá de cerciorarse de que la E.P.S, por alguna razón, no haya realizado dicho pago, en aras de evitar que se incurra en un doble desembolso por el mismo concepto, aclaración procedente dada la falta de claridad y pronunciamiento por parte de la promotora de salud sobre el particular, frente al requerimiento realizado a través de Oficio del 29 de abril de 2021.

Ahora, en este punto, puede ser objeto de duda la razón de por qué, a la luz del principio de congruencia, se estudió y se accederá al pago del auxilio de incapacidad con cargo al empleador, cuando lo pedido en la demanda corresponde al pago de salarios y prestaciones sociales; la razón de ello es la justicia material y la flexibilización del principio de justicia rogada ante la inminente desprotección en materia laboral. En ese sentido, entender demandas como la presente bajo una comprensión literalmente rigurosa podría ser un impedimento para el ejercicio y goce efectivo de las prerrogativas constitucionales y legales de la demandante.

De acuerdo con lo anterior, la accionante incoó la presente demanda con el propósito inicial de que la E.P.S. Salud Vida le reconociera el pago del mentado



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

auxilio por incapacidad, pero al ser excluida dicha entidad del presente proceso, con la consecuente supresión de las pretensiones dirigidas contra ella, solo permaneció vinculada la Empresa Social del Estado Francisco Canossa de Pelaya, Cesar.

De ese modo, entender de manera exclusiva que solo hay lugar a estudiar la procedencia de pago de salarios y prestaciones por parte de la E.S.E y conminar a la señora Rosalba Cordero a acudir a la justicia ordinaria laboral en procura del auxilio de incapacidad en contra de la E.P.S. Salud Vida, podría generar una eventual negación de justicia, pues como se determinó en el presente estudio, es el empleador que, debido al incumplimiento en el pago de los aportes a seguridad social en salud, debe asumir dicho pago.

En otras palabras, es cierto que la accionante solo pidió de parte de su empleador el pago de salarios y prestaciones y no el auxilio de incapacidad propiamente dicho; sin embargo, entenderlo así de manera rigurosa y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, contravendría el principio de justicia material, sobre todo si se tiene en consideración que en el presente proceso, más allá de la tecnicidad jurídica, se cuenta con la parte responsable del pago ordenado y las pruebas suficientes que soportan la condena.

Por tal razón, al encontrar acreditado, legal, probatoria y fácticamente, que es la parte demandada la que debe hacerse cargo, por vía de excepción, del desembolso del auxilio de incapacidad de la demandante, no encuentra esta Sala justo, ante la evidente carga que ya ha tenido que soportar la accionante por la mora de su empleador, imponer en ella una nueva obligación jurídica para obtener el respeto de los derechos laborales que reclama desde hace más de una década.

Lo anterior es así porque ha de valorarse la posibilidad de que en un eventual proceso ordinario laboral contra su E.P.S. podrían también negársele las pretensiones por las mismas razones por las cuales se emite la presente condena, es decir, porque está probado aquí que el llamado a asumir dicha obligación es el empleador como consecuencia de la mora injustificada en la que incurrió. De ese modo, la presente decisión no es más que una forma de otorgar a la demandante lo que en derecho le corresponde y de evitar que la falta de técnica jurídica perpetúe la trasgresión de sus derechos fundamentales de seguridad social.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

#### 2.4.1. Sobre los daños materiales y morales

Como se explicó en el acápite normativo y jurisprudencial pertinente, tanto el legislador como la administración de justicia ha previsto la procedencia de las pretensiones de reparación por conducto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el origen del daño alegado es predicable del contenido de un acto administrativo. En ese sentido, el estudio sobre dichas reclamaciones depende, inevitablemente, de la carga argumentativa asumida por la parte interesada.

Así las cosas, la parte demandante, a modo de reparación del daño emergente, material ha solicitado que se ordene a la accionada reintegrar los gastos médicos y de transporte en que debió incurrir para la atención de sus padecimientos de salud, con ocasión de su suspensión del sistema contributivo de salud, por omisiones atribuibles al Hospital Francisco Canossa.

Sobre este particular, debe recordarse que, como ya se explicó en el acápite anterior, en caso de incumplimiento en los aportes de seguridad social en salud de un trabajador durante periodos de **incapacidad médica de origen común**, el tan citado artículo 2.1.9.1 del Decreto 780 del 2016, dispone que el trabajador puede ser suspendido de la prestación de los servicios médicos, evento en el cual «el empleador en mora deberá pagar el costo de los servicios de salud que demande el trabajador y su núcleo familiar, sin perjuicio del pago de las cotizaciones adeudadas y de los intereses de mora correspondientes».

De acuerdo con lo señalado, está claro que el empleador debe asumir el pago de los gastos en que haya incurrido el trabajador que ha sido desafiliado del servicio de salud por razones imputables al retraso en el pago de los aportes a la seguridad social en salud. Bajo ese entendido, según el material probatorio aportado al proceso se pudo determinar que la E.S.E. Hospital Francisco Canossa desatendió el pago que como empleador le correspondía.

Por tal razón, es atribuible a esa entidad la suspensión del sistema de salud y la consecuente falta de prestación de los servicios médicos requeridos por la demandante, toda vez que dicha situación, tal como lo ha manifestado la E.P.S.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

Salud Vida,<sup>57</sup> tuvo origen en el no pago de las cotizaciones por salud; por tal razón, no solo hay lugar a confirmar, en este aspecto, la sentencia apelada de primera instancia, en relación con la orden de pago de los aportes a salud, sino que también es procedente acceder, parcialmente, al pago del daño material deprecado.

Entonces, dada la mora en que incurrió el empleador, la demandante se vio obligada a acudir a consultas médicas particulares y asumir el costo de los medicamentos prescritos para el tratamiento de sus patologías, circunstancia que no se hubiese configurado si la entidad demandada hubiera acatado los pagos a los que estaba legalmente obligada. Para probar lo anterior, la accionante aportó las facturas expedidas por distintas farmacias y consultorios médicos, la cuales fueron particularmente descritas en el acápite de hechos probados y no fueron tachadas ni controvertidas con prueba en contrario por parte de la demandada.

Por lo expuesto, se accederá al reembolso del valor de las facturas médicas citadas en el hecho probado número ixx, al ser gastos médicos en los que incurrió la accionante durante el periodo en el que se encontraba incapacitada y suspendida del servicio médico por mora en el pago de las cotizaciones, por razones atribuibles a su empleador. Solamente se negará el pago de la factura número 312238 del 21 de diciembre de 2012, visible en el folio 54 del expediente, por no contar con el valor cobrado.

Ahora, sobre las facturas de transporte en la ruta Pelaya – Valledupar y viceversa, debe decirse que dicha circunstancia resulta ser ajena a la prestación del servicio médico, razón por la que no hay lugar a proferir orden de reintegro de esos dineros, toda vez que, incluso si la demandante hubiera permanecido afiliada al sistema de salud, habría tenido que asumir el costo del traslado a las citas médicas. En ese sentido, no se probó la existencia de una relación entre la suspensión del servicio y las facturas de transporte de las que pueda concluirse que tales emolumentos hacen parte del daño emergente causado.

Respecto del daño moral alegado, debe decirse que la demandante tenía el deber de probarlo, toda vez que, en esta clase de eventos, no opera la presunción de la congoja que se alega. Así las cosas, se advierte que no se aportaron medios de

---

<sup>57</sup> Hechos probados vii y xv.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

prueba tendientes a demostrar la configuración del daño moral, el cual, como se indicó, no le corresponde al juez probarlo de oficio.

En consecuencia, la recurrente se limitó a alegar el padecimiento de un daño moral y solicitar su indemnización, pero no procuró exponer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su configuración, ni suministrar, por ejemplo, testimonios, que dieran fe de sus alegaciones, siendo ello parte fundamental de la carga probatoria que no puede ser, en asuntos como el de la referencia, objeto de presunciones.

## **2.5 De la condena en costas**

El artículo 188 del CPACA establece que «[s]alvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil».

Con base en tal mandato, esta Subsección venía sosteniendo que, para imponer condena en costas, en vigencia del CPACA, se atendía una valoración objetiva,<sup>1</sup> en la que el juez debía ordenarlas siempre y cuando se hubieran causado y en la medida de su comprobación, sin considerar factores subjetivos como la buena fe o la temeridad de las partes.

Sin embargo, dicho criterio debe revisarse a la luz del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en tanto adicionó un inciso al artículo 188 del CPACA para precisar que «[e]n todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal».

De esta manera, debe entenderse que con la anterior modificación el juez está llamado a analizar la conducta de las partes en el proceso, así como la sustentación jurídica de sus intervenciones con el fin de determinar si es procedente o no imponer costas a cargo de alguna de ellas.

En el presente caso, los sujetos procesales ejercieron su defensa bajo la convicción de que contaban con suficiente respaldo legal, también aportaron pruebas y se apoyaron en la jurisprudencia vigente para obtener un pronunciamiento favorable a



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

sus intereses, por lo que esta Sala se abstendrá de imponer condena en costas en segunda instancia.

### 3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia y en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio, la Sala concluye que la señora Rosalba Cordero **no tiene derecho al reconocimiento de salarios** y prestaciones de esa índole a cargo de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, por el tiempo que estuvo incapacitada desde el mes de agosto de 2010 hasta setiembre de 2013, toda vez que en este tipo de situaciones lo que procede es el reconocimiento de un auxilio por incapacidad.

Sin embargo, **sí hay lugar a ordenar el pago del auxilio por incapacidad** por el término máximo de 540 días contados a partir del 5 de marzo de 2010 y de las facturas por servicios médicos y medicamentos expedidas desde ese momento, en atención a que se probó que el empleador incumplió el deber de efectuar las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, omisión que generó la suspensión del sistema y, consecuentemente, impidió que la demandante recibiera la atención que requería, circunstancia por la que se vio obligada a acudir a servicios particulares que le generaron un daño patrimonial que no hubiese ocurrido si la demandada hubiera cumplido con los aportes a que había lugar.

Los valores adeudados serán actualizados de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Finalmente, no se reconocerán los daños morales requeridos, toda vez que no resultaron probados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**Primero. Adicionar** los numerales primero y segundo de la sentencia apelada del 16 de diciembre de 2015, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la señora Rosalba Cordero Villalobos en contra de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, que quedará del siguiente modo:

Primero: declarar la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en los oficios de fecha 9 y 16 de abril de 2013, expedidos por la Gerencia de la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, por medio de los cuales se negó el pago de los aportes a la seguridad social en salud y pensión **y del auxilio por las incapacidades médicas que le fueron concedidas por parte de la I.P.S Fundación Médico Preventiva a la señora Rosalba Cordero Villalobos, por el término máximo 540 días de que trata el artículo 2.2.3.6.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social número 780 de 2016**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, proceda a efectuar el pago de los aportes correspondientes a la seguridad social en salud y pensión **y de 540 días de auxilio por incapacidad causados a favor de la señora Rosalba Cordero Villalobos a partir del 5 de marzo de 2010**, término que deberá tenerse en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales una vez finalice su vínculo laboral con el ente demandado.

**El pago de los mencionados auxilios por incapacidad solo será procedente en el evento en que, por cualquier razón, la E.P.S. a la que se encuentre afiliada la**



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

**demandante no haya realizado dicho pago, en aras de evitar un doble desembolso por el mismo concepto, circunstancia que deberá ser verificada por la parte accionada.**

**Además, condenar a la E.S.E. Hospital Francisco Canossa de Pelaya, Cesar, a pagar a la señora Rosalba Cordero Villalobos las siguientes facturas:**

Número de factura	Fecha	Expedida por	Concepto	Valor	Folio
0927	28 de agosto de 2010	Dra. Ixhel García Castillo [medicina interna]	Consulta médica	\$ 100.000	174
1055	18 de abril de 2011	Dra. Ixhel García Castillo [medicina interna]	Consulta médica	\$ 130.000	121
3851	19 de octubre de 2011	Droguería y Perfumería Torcoroma nit: 88138746-1	Medicamentos [ordenados por psiquiatra, nombre ilegible, del Hospital Regional de Aguachica José David Padilla, en folio 72]	\$ 95.340	71
3147	27 de octubre de 2011	Freddy Pumarejo Valle [sic] Res. Dian 240000023296	Consulta especializada	\$ 60.000	62
3872	27 de octubre de 2011	Droguería y Perfumería Torcoroma NIT: 88138746-1	Medicamentos [ordenados en consulta con el Dr. Freddy Pumarejo]	\$ 104.515	70
123	12 de diciembre de 2011	Instituto Radiológico y Ecográfico Aguachica NIT. 7.417.634	RX cadera	\$ 80.000	60
Sin consecutivo	16 de diciembre de 2011	Dr. William Gutiérrez Ortiz [sin NIT]	Consulta especializada de neurocirugía	\$ 120.000	55
3900	21 de diciembre de 2012	Droguería y Perfumería Torcoroma NIT: 88138746-1	Medicamentos	\$ 95.340	52
42836	24 de enero de 2012	Droguería y Perfumería Torcoroma NIT: 88138746-1	Medicamentos	\$ 84.368	53
09618	25 de enero de 2013	Clínica Médica Aguachica LTDA	Consulta	\$ 80.000	47
09662	28 de enero de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA.	Infiltración	\$ 120.000	46
09666	28 de enero de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA.	Infiltración	\$ 120.000	46
09856	14 de febrero de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA. <sup>58</sup>	Infiltración	\$ 120.000	45
10140	15 de marzo de 2012	Clínica Médica Aguachica LTDA.	Consulta	\$ 80.000	45

**Todas las sumas descritas se deberán actualizar conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta decisión.**

<sup>58</sup> Según la información consignada en la factura, en la Clínica Médica Aguachica LTDA, se prestan servicios médicos relacionados con ultrasonido, cirugía y enfermedades gastrointestinales, hígado, vías biliares, tiroides, mamas y endoscopia.



---

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00352 01 (2466-16)  
Demandante: Rosalba Cordero Villalobos

**Segundo.** Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

**Tercero. No condenar** en costas de segunda instancia.

**Cuarto. Devolver** el expediente al Tribunal de origen y realizar las respectivas anotaciones en el portal Samai.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**LUIS EDUARDO MESA NIEVES**

Firmado electrónicamente

**JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ**

Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente<sup>59</sup>

MLBC

---

<sup>59</sup> **CONSTANCIA:** La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.